DEmas de lo que está escrito en fauor de la Religion de los Carmelitas Descalços, se suplica a v. m. passe los ojos por este papel, en que se responderà al articulo de remission, que pretende el Prouincial de san Francisco se haga al Iuez Eclesiastico, o por lo menos que se suspenda en el Consejo el dar la licencia, hasta que se determine por el Eclesiastico, si la Religion de san Francisco es capaz, o no, de la fundacion sobre que se litiga, y renta della.

Esta pretension la quiere fundar el Prouincial de san Frãcisco en el cap. tuam de ordine cognitionum, y en el cap. lator, qui filij sint legitimi, & ex Franchis decis. 36. Barbos. in l. Titia, num. 21. ff. soluto matrimonio, Mieres de maioratibus 3. part. quæst. 15. num. 14. & 19. Marta 2. part. quæst. 8. num. 1. vsque ad num. 10. Garcia de nobilit. gloss. 1. num. 27. Zaual. lib. 3. communium, quæst. 897. num. 961. & num. 963. Couar. in 4. 2. part. cap. 8. §. 3. num. 4. Farin. in praxi criminali, quæst. 8. num. 25. & 149.

A que se responde. Lo primero, que quando en algun juizio se pone excepcion de incapacidad, o ilegitimidad, no se impide por ello el dar la possession al sucessor, ni se remite al Iuez, q̃ aliàs debia conocer de la incapacidad sola, ni se suspende el juizio, sino que como excepcion que requiere mayor conocimiento de causa, se procede en el juizio sumario, reseruando la excepcion de la incapacidad, para el juizio de la propiedad, ex l. 3. §. ibidem, ff. ad exhibendum, ibi: *Etiam exceptiones æstimare, quas possessor obijcit, & si quæ tam euidens sit, vt facilè repellat agentem, debere possessorem absolui: si verò obscurior, vel quæ habet altiorem quæstionem, differendam in directum iudiciũ,* Ioannes Faber in §. retinendæ Institut. de interdictis, nu. 34. Bartol. in l. is à quo, ff. vt in possessione legatorum, Paulus Castrens. in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicata, Ias. in l. ait Prætor in principio, num. 24. ff. de iureiurando, & in §. præterea, Institut. de actionibus, num. 58. & ex alijs pluribus Barbos. in l. diuortio in §. finali, ff. soluto matrimonio, num. 54. Puteus decis. 233. lib. 3. num. 4. Caputaquensis decis. 10. col. fin. Vincentius de Franchis decis. 289. part. 2. num. 4. Maranta in praxi part. 6. vers. Tertius & vltimus actus, num. 63. Menoch. de adipiscenda, remedio 3. num. 180. & remedio 4. num. 737.

Y esto se comprueua con algunos textos singulares, que el vno es la ley 1.§.sed si quis, ff. de Carboniano edicto, ibi: *Sed si quis non tantùm ex liberis negetur esse, verùmetiam seruus esse dicatur, fortè ex ancilla editus, Iulianus scribit adhuc Carboniano locum esse*, Bald.in rubric.de Carboniano edicto, *vbi dicit, quòd si filio instituto apponatur per successores abintestato, quòd non valet institutio, quia filius institutus non est filius, vel quòd est seruus, non impeditur Carboniana bonorum possessio.*

El otro texto es la l. 2.C. de edicto Diui Adriani tollendo, *vbi deciditur, quòd petenti missionem in possessionem virtute testamenti est concedenda, quamuis dicatur, quod testamentum cuius virtute bonorum possessio est adempta, est falsum, vel inofficiosum, & ibi Baldus & communiter Scribentes.*

El 3.texto, es la l.2.tit.14.partit.6. ibi: *No deue ser embargada tal entrega como esta, maguer que aquel, que fuesse tenedor de los bienes de la herencia, dixesse que aquel testamento era falso, o el que lo mandò fazer no auia poder de lo fazer.*

Y es tambien de notar al proposito la ley 12.tit.16.part. 1.ibi: *Mnguer que digan, que lo recibieron contra el derecho.*

Lo segundo, porque en terminos de que el Iuez de la causa principal pueda conocer de la incidente, aunque della sola no pudiera ser Iuez, se prueua del texto en la l. quoties de iudicijs, y de la ley nulli, C. eod.tit. y de la l.pariter, ff.de liberali causa, y de la l.nullum, C.de testibus, y de la l. cùm proponas, C.de rebus creditis, y del cap.prudentiam de donationibus inter, & ex Franchis decis. 512. vbi plures refert.

Lo tercero, porque no obstan las dotrinas alegadas, y particularmente la decis. 36. de Vicencio de Franchis, que en contrario se alega: porque auiendo dicho en el numero primero, que el conocer de la validacion del matrimonio, y separacion del, toca al Eclesiastico: Dize despues en el num. 2. que si esta question incide en algun juizio possessorio de alguna herencia, el Iuez seglar puede conocer como de cosa incidente, secundùm opinionem Bartol.in l. Titia, ff. soluto matrimonio, num. 5. quæ est communis, y assi despues en el tom.2.en la decis. 512. tuuo por constante la dicha opinion.

Y no obsta la dotrina de Barbos.en la l. Titia, num. 22. ff. soluto matrimonio.

Porque en el num. 29. y en el num. 33. y en el num. 45. refie-

fiere casos, en que el Iuez seglar puede conocer de causa spirituali incidenti. Y en el num. 29. habla de caso, en que auiendo preso a vn delinquente, alega que es Clerigo, y dize que tiene conocimiento el Iuez seglar, para ver y examinar si lo es. Y en el num. 34. hablò de Clericis coniugatis, y las calidades que deuen tener para gozar del fuero, y dize; que la verificacion de las calidades se deue hazer ante el Iuez seglar, y trae vna decis. de Guidon Papa 138. num. 2. y Aufrerio en lo de potestate sæculari, regula 4. fallentia 8. num. 12. y a Iulio Claro in praxi, §. fin. quæst. 36. num. 14. ad fin. & num. 22. Y auiendo despues referido algunos Autores de la opinion contraria, dize en el vers. Sed defendendo conclusionem, que si el Iuez seglar preuino, podrà conocer de la causa, iuxta communem de qua suprà. Y en el num. 45. habla en materia de diezmos, y dize, que puede conocer el Iuez seglar dellos quando està posseyendolos persona seglar por donacion del Pontifice, o possession inmemorial antes del Concilio Lateranense, y refiere a Couar. en las practicas, cap. 35. num. 2. vers. 3. y en el lib. 1. cap. 17. num. 5. ante finem.

Y menos obsta el lugar de Mieres 3. part. quæst. 15. num. 14. & 19. porque alli no trata la materia, y deue de ser yerro de la Imprenta. Y en la dicha question desde el num. 110. hasta el num. 114. inclusiuè dize, que el Iuez seglar puede incidentemente conocer de la question de la incapacidad incidente, y habla en terminos del matrimonio, y del cap. tuã, & dicit hanc opinionem se tenendam, licèt Abbas Panormitanus in d. cap. tuam contrarium teneat, y refiere auerse juzgado assi en muchos Tribunales superiores, y Senados, Matth. de Afflict. decis. 219. num. 5. Capitius decis. 7. num. 2. Osasc. decis. 137. num. 11. Thesaur. decis. 117. & 131. nu. 10. Francis. Marcus decis. 119. part. 2. num. 7.

Y no obsta dezir, que Marta fue de opinion contraria in tractatu de iurisdict. 2. part. cap. 8. ex n. 1. vsque ad 10. Porq̃ despues en el num. 12. tiene la opinion contraria, diziendo q̃ el juez seglar puede conocer desta question, quando incide en la causa principal por alguna excepcion opuesta: Y aunque dize despues, que el Iuez Eclesiastico puede conocer desta excepcion, conforme a la opinion de Gerardo de Sancta Petra, despues en el vers. Nisi, en el num. 14. siguiente

que-

queda con ella, dando por razon, que teniendo preuenida la causa principal el Iuez seglar, no se ha de diuidir la continencia della, ni conocer el Iuez Eclesiastico de la excepcion opuesta en ella, vt ex verbis eius apparet, ibi: *Nisi dicamus, quòd causæ continentia hoc facit fortius coram sæculari iudice: propter quam iudex in causa præparante remanet iudex in causa principali præparata, Bald. in l. ordinarij in 2. notabili, C. de reiuindicatione, Paulus de Castro in l. 2. num. 3. C. vbi, & apud quem, Alexand. in cons. 58. nu. 7. volum. 1. & in cons. 197. volum. 2. & in cons. 63. col. 1. volum. 3. Hippolyt. singulari 654. Decius in rubrica de iudicijs, nu. 2. qui testatur esse communem opinionem, hoc facit causæ continentia, l. nulli prorsus de iudicijs, quæ diuidi non debet, vna trahit alteram statim opposita exceptione negante filiationem, coram iudice sæculari præuenta est eius iurisdictio, etiam si super exceptione pars citata non fuerit, neque acceptauerit, vt dixi suprà eadẽ parte, cap. 1. ergo iudex Ecclesiasticus inhiberi non poterit.*

Y no obsta la dotrina de Iuan Garcia de nobilitate, que en contrario se alega en la gloss. 1. num. 27. Porque bien mirado, antes tiene la opinion contraria por el texto in cap. causam, el 2. qui filij sint legitimi, donde la Santidad de Alexandro III. remitiò la causa al Rey de Inglaterra, para que determinasse la sucession, sin embargo de estar pendiente el pleito del matrimonio; y la razõ que traen algunos Doctores, y que refiere Iuan Garcia en el dicho num. 27. es, que en el caso del dicho cap. causam, no huuo suspension del pleito, quia nõ erat periculum, etiam si Rex possessionem deciderit pendente causa super matrimonio, quia restabat causa proprietatis, y que en el caso del cap. tuam, fue justo mandarlo suspender: porque no se trataua de la possession de los bienes, sino de la propiedad, como parece de las palabras del texto, ibi: *Successionis causa*, y dize lo siente assi la glossa segunda, y tercera del dicho capitulo tuam, como parece de las palabras del, ibi: *Sed legitima causa, & iusto titulo erat agendũ sicuti in possessorio adipiscendæ: at verò, vt dicimus, nullum erat periculum, etiam si obtineret in possessorio, quia restabat iudicium proprietatis, quòd si ex iudicio Regis Anglorum forent bona remansura perpetuò apud R. nunquam Summus Pontifex remitteret causam etiam possessoriam ante decisionem causæ super matrimonio: ideò autem remisit, quia ex eo iudicio possessorio, qui obtineret, fiebat dumtaxat*

pos-

possessor, nihilque amplius, at verò in cap. tuam periculum erat, si non suspenderetur causa de bonis, quia iudicium non de possessione, sed de proprietate erat, patet ibi (successionis causa) vbi gloss. 2. & 3. id sentiunt, & clariùs conuincitur ex textu in cap. lator qui filij sint legitimi, qui textus concordat cum textu in d. cap. tuam: in hoc autem proprietatis iudicio, quia non restabat aliud iudicium, in quo damnum possit resarciri, ideò quæstio de successione cessauit, & de matrimonio pleno iudicio actum est.

Y luego en el versiculo siguiente, incipienti; Hæc duo iura, viene a concordar los textos, y dize, que el cap. tuam, y el cap. causam comprueuan la practica de España en el Supremo Consejo, de conocer de las causas possessorias de Mayorazgos, conociendo incidentemente de la question matrimonial, ex defectu natalium, vt ex verbis eius apparet, ibi: *Hæc duo iura, scilicèt cap. tuam, & cap. causam, meo iudicio, comprobant mihi praxim Hispaniæ, nam quæ apud Regem nostrum in Supremo totius Hispaniæ Senatu, vbi aguntur causæ possessoriæ, & deciditur possessio, de los Mayorazgos, etiam si incidat causa de matrimonio, & legitimitate, nunquam hactenus se ha suspendido la causa possessoria, quod ego sciam, nullum enim est periculum, restat enim iudicium proprietatis, en las Chancillerias, ex l. 10. tit. 7. lib. 5. noui Ordinamenti, & in Supremo Senatu in causis maioratuum possessorijs obseruatur decisio text. in d. cap. causam.*

Y asi se ha determinado en la causa del Condado de la Puebla del Maestre, en fauor del Conde don Alonso, y en la causa del Mayorazgo de doña Maria de Guzman, con don Alonso de Guzman su tio, vezinos de Guadalajara, y vltimamente en fauor de don Pedro de Hozes, en el Mayorazgo de los Hozes de Cordoua, y otros muchos.

Y no obsta la opinion de Zeuallos en la quæst. 897. tom. 4. num. 960. & 963. Porque en el num. 964. y siguientes, refiere casos, en que puede conocer de la incidencia el Iuez, aunque aliàs no sea competente de la causa, y en terminos de la causa matrimonial que incide con el Eclesiastico, y del cap. tuam en el num. 973. hasta el num. 977. inclusiuè, dize: que si ante el Iuez lego pende la causa principal de herencia, o sucesion, y alli incide la question per viam exceptionis, de que no es hijo legitimo de aquel que pide la herencia, podrà conocer el Iuez lego deste articulo incidente, y trae los Au-

tores de que se vale el Prouincial de san Francisco, y entre ellos a Couarruuias, y Farinacio, que son de la misma opinió, con que queda respódido a todos, vt patet ex verbis eius, ibi: *Si verò principaliter tractetur coram iudice laico de petitione hæreditatis, & excipiatur tu non es filius illius, cuius hæreditatem petis: tūc iste articulus filiationis, & matrimonij debet tractari coram iudice laico, quia cùm causa principalis petitionis hæreditatis agitetur, coram ipso similiter debet tractari articulus incidens, ita docet Archi. in cap. benè quidem 96. Apostilla ad Abb. in d. cap. lator, nu. 8. vers. Instantia iudicis, & ita nuper fuit iudicatum in Regali Cancellaria Granatensi, in causa Licentiati Didaci Faxardi, aliàs Didaci de Frias, qui cùm petijsset hæreditatem Doctoris de Frias, qui pro patre reputabatur, oppositum illi fuit per alium fratrem, quòd ipse non erat filius illius, sed alterius parentis, quæ exceptio fuit opposita, & probata coram iudice laico, vbi obtentum fuit, idem tenet Bobadilla in sua Polit. lib. 2. cap. 18. num. 125. & casu 120. & sic iudex Ecclesiasticus inhibet sæculari, vt se abstineat à tali cognitione intendens, quòd dicta causa sit coram eo tractanda; vt tradit Gerardus à Petra singulari 96. poterit laicus iudex interponere appellationē ad Pontificem Maximum, & implorare Regis auxilium, & per viam violentiæ reponeretur dicta inhibitio iudicis Ecclesiastici, quidquid in oppositum teneat Marta de iurisdictione 2. part. cap. 8. num. 12. vers. Non tamen, quia causæ continentia nō est diuidenda, l. nulli, C. de iudicijs, & qui est iudex in causa præparata principali, est etiam iudex in causa præparati, Bald. in l. ordinarij 2. notabili, C. de rei vindicatione, Paul. de Cast. in l. 2. num. 3. C. vbi, & apud quem, Alexand. cons. 58. num. 7. vol. 1. & cons. 197. vol. 2. & cons. 63. vol. 3. & hanc esse communem opinionem testatur Decius in rubrica de iudicijs, num. 2. maximè quia hæc cognitio non est inter ipsos coniuges, sed inter alias personas, per quam cognitionem non præiudicatur essentia matrimonij, cùm posit iterum tractari in iudicio Ecclesiæ principaliter, & sic interim non est suspēdenda causa hæreditatis in iudicio possessorio, vt tenet, alijs citatis, Morla tit. 2. de iurisdictione, num. 164. in fin. Mieres de maiorat. 3. part. quæst. 15. à num. 19. Ioan. Garc. de nobilitat. gloss. 1. num. 25. & 26. & sic non potest dici cognitio spiritualis, quam opinionem tenet Farinac. quæst. 8. num. 150. vers. Quæ ni fallor.*

Ex quibus resultat, que tratandose como oy se trata de vn juizio sumario, de dar licencia a los Carmelitas para entrar en la possesion del Conuento de Vitoria, en virtud

de la escritura,hecha por el Padre Orbea, y licencia del Ordinario Eclesiastico,y consentimiento de la ciudad,no se debe suspender la causa,sino determinarla,dandoles licēcia para que tomen la possession,y no se dilate el cumplimiento de los sufragios,y Missas, remitiendo la causa de la propiedad al Iuez que della debiere conocer;con que el Cōsejo no perdera su jurisdicion,ni quita al Eclesiastico la que tiene.

Lo quarto y vltimo:porque esto es mas claro, considerando que el Prouincial de san Francisco,que aora opone la declinatoria,y suspension y remission al Eclesiastico, fue el que introduxo la causa en el Consejo llanamente , y despues ha hecho otras muchas peticiones,respondiendo y alegando llanamente,con que ha consentido en la jurisdicion del Consejo,y oy no puede contradezir su mesmo hecho, y consentimiento,ex regula vulgari,quod semel placuit,amplius displicere non potest.

Y assi parece se ha de pronunciar en fauor de la Religion de los Carmelitas. Salua censura,&c.